

Não é crime a prática da prostituição infantil

Antônio Borges Neto*

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu art. 244-A, define como crime submeter à criança ou adolescente à prostituição ou à exploração sexual. Nesse compasso, apressados juristas de plantão vivem a alardear que, por força da norma capitulada acima, resta estabelecida na legislação pátria a criminalização da prostituição infantil. Ledo engano.

Damásio de Jesus, no nosso entender, o maior entre os atuais juristas criminais do nosso país, sentencia que, sendo o ECA posterior ao Código Penal e específico no tratamento de pessoa menor de 18 anos, não há dúvida deva o primeiro ter aplicação em detrimento do segundo. Portanto, não estamos a princípio negando a vigência do Estatuto da criança e do Adolescente no tocante a matéria ora tratada, pelo contrário, partimos do princípio da vigência do mesmo para, ao final, concluirmos pela inexistência do crime de prostituição, *latu sensu*.

Mas seguindo a lição de Thomas Hobbes quando afirma que a linguagem escrita somente serve a ciência quando conceitua de forma correta os objetos, fatos e fenômenos que expressa, não podemos iniciar esta dissertação sem antes buscarmos a conceituação e definição das expressões prostituição e prostituta, no contexto da ciência criminal.

No sentido técnico jurídico o vocábulo prostituição designa o comércio do amor ou a entrega da mulher aos prazeres dos homens, por dinheiro ou mediante paga. Portanto, para caracterização da prostituição é necessário que exista a natureza mercenária a impudícia pública, isto é, a entrega da mulher ao gozo sexual de qualquer homem.

Está, assim, o vocábulo em exato sentido à sua origem: é a venda pública, o mercadejamento do corpo, não importa quem o compre, mas, o preço que se pague.

Não há prostituição, pois, na entrega da mulher por predileção a um homem, só. Sem qualquer interesse mercenário, mesmo que mostre relações sexuais ilícitas.

Desse modo, o adultério não é prostituição. E igualmente, não caracteriza como tal o concubinato ou a amigação.

A prostituição apresenta requisitos inconfundíveis: comércio carnal, habitualidade, falta de escolha e interesse mercenário.

Nesse contexto, prostituta é a mulher que, habitualmente, mantém relações sexuais com os homens que a procuram, por dinheiro, ou mediante qualquer outra remuneração.

Assim, não há prostituição quando a mulher, que explora como atividade econômica a venda de seu corpo e que, nos seus momentos de lazer, mantém relação sexual com homem de sua escolha, ainda que deste receba alguma vantagem.

Conceituado o que seja a prostituição, assim como, definido quem seja a prostituta, resta esclarecer qual a conduta que calha à previsão legal esculpida no art. 244-A do Estatuto do Menor e do Adolescente, que segue descrita, in verbis:

Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no caput do artigo 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual:

§ 1º Incorrem nas mesmas penas o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifique a submissão de criança ou adolescente às práticas referidas no caput deste artigo.

§ 2º Constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

O núcleo do tipo penal capitulado no art. 244-A é o verbo submeter, que significa, sujeitar, subjugar, obrigar. Logo, entende-se que comete a conduta típica àquele que sujeita, que subjuga e que obriga a criança ou adolescente à prostituição ou a exploração sexual. Portanto, o tipo legal capitulado no art. 244-A, não incrimina o cliente da prostituta. Mas, sim, aquele que a submete a prostituição, ou seja, aquele que a obriga a se prostituir.

Para que não reste dúvidas deste entendimento, é oportuno salientar que o tipo também se configura quando o sujeito passivo submete a criança ou o adolescente à exploração sexual, que no sentido da norma analisada significa tirar proveito da prostituição alheia, ou melhor, negociar com sexo de outrem.

O legislador usando da boa técnica legislativa e para não deixar dúvidas de que o tipo penal não penaliza o cliente do negócio, cujo objeto explorado é o sexo do menor ou adolescente, mas, sim o negociante, que pode exercer suas atividades se valendo de estabelecimento adequado para prática sexual ou, apenas, agenciando a relação sexual, aplica ao proprietário, ao gerente ou responsável pelo local onde ocorrer à relação sexual comercializada as mesmas penas cominadas ao explorador, não fazendo qualquer menção ao cliente ou usuário dos serviços da prostituta.

Nesse diapasão é oportuno citarmos a Procuradora Luiza Nagib Eluf, promotora de justiça, articulista de jornais e de revistas especializada, assessora, durante muitos anos, nas Secretarias de Justiça e Segurança Pública, Secretária Nacional dos Direitos da Cidadania do Ministério da Justiça, Líder Feminista membro da delegação Oficial em diversas Conferências Internacionais sobre a mulher, que no seu livro "Crimes Contra os Costumes e Assédio Sexual", ensina que, ainda que a legislação penal pátria tenha interesse que as relações sexuais se exerçam de acordo com os bons costumes e a moralidade pública, a lei

não pune o meretrício, mas, apenas, quem lhe dá causa, isso na tentativa de minimizar o problema.

E diz mais, a líder feminista, valendo-se da lição de Soler, quando sustenta a revogação do delito de sedução, que na atualidade depois de 15 anos, já começa a ser problemático saber quem seduz quem.

Ressalte-se, que o cancionista popular retrata muito bem o relacionamento do homem de meia idade e mulher mais jovem, quando diz: "ela estar na idade sonhadora e eu na idade de fazer besteira", o que mostra o quanto é normal esta relação que sugere sempre a supremacia do interesse material ao sentimental. Mas, como afirma o grande Nelson Rodrigues o dinheiro compra tudo, inclusive, o verdadeiro amor.

Pois bem, a relação sexual criminosa prevista na legislação brasileira é àquele forçada, ou seja, aquela na qual uma das partes não consente no coito, vez que a relação consentida independe da idade do casal é legal, lícita e permitida. Isto, entretanto, não quer dizer que relação sexual para os adolescentes seja recomendada. Entretanto, nos primeiros dias do ensino da ciência jurídica o iniciado, logo, toma conhecimento da diferença entre a moral, a ética e o legal. E, portanto, já se inicia na ciência jurídica sabendo diferenciar o que interessa ao mundo jurídico e o que interessa, apenas, ao mundo social.

De mais a mais, a ciência penal não pode e não deve ser vista como uma panacéia. E é nesse sentido que o Ministro Edson Vidigal, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, sustenta que o direito penal tem como função primordial à tutela de bens jurídicos fundamentais. O princípio da intervenção mínima preconizado pelo Direito Penal moderno demonstra que só está legitimado a atuar quando a sanção penal for instrumento indispensável para proteção de um determinado bem jurídico (última ratio).

No dizer de Munhoz Conde, a intervenção penal só se justifica "quando fracassaram as demais maneiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito".

Daí dizer-se que o direito penal tem caráter subsidiário, em relação aos demais ramos da ciência jurídica, atuando somente quando verificada a insuficiência da sanção social, moral, administrativa etc. Portanto, somente quando demonstrado a insuficiência da sanção moral e ética para coibir a prostituição de menores, o Estado poderá lançar mão do Direito Penal para fortificar sua atuação na regularidade das relações sociais, situação esta que ainda não resta estabelecida.

A Doutora Heloisa Estellita Salomão [01] abordando a matéria atinente à tutela penal adverte que o merecimento da pena é insuficiente, por si só, para fundamentar o emprego da sanção penal na tutela do bem jurídico-penal. Segundo a Doutora Heloisa além do merecimento da pena impõe-se, ainda, que se comprove a necessidade da pena, isto é, a comprovação da insuficiência de outras espécies de sanção na proteção do bem, e a danosidade social da conduta que se extrai da concorrência da gravidade acentuada do ataque (ameaça ou lesão) a um bem jurídico-penal.

Luiza Nagib leciona que embora a legislação pátria puna a as atividades que gravitam em torno da prostituição, não penaliza a (o) prostituto. Diz mais, que andou bem a legislação pátria, pois a prostituição é um problema social e a pessoa que se vende é, normalmente, vítima de um sistema que não lhe oferece opções.

A Insigne Doutrinadora, deixando de lado à visão jurídico penal do fato, aventura-se pela sociologia, quando sentencia que a lei penal é falha quando deixa de prever punição dos usuários ou clientes das(os) prostitutas(os) menores de 18 anos. Pois, segundo a Mestra, são eles que propiciam a existência de um comércio vil e cruel, explorador das carências de uma população muito pobre, que vende os próprios filhos e filhas.

Redime-se, entretanto, a Insigne Penalista da sua visão social distorcida, quando afirma que nem só de fome e miséria, contudo, sobrevive a prostituição e que se faz necessário uma análise mais profunda de suas raízes. Embora não possamos afastar a indiscutivelmente importância do fator econômico como causa da degradação social até porque em pesquisa realizada na cidade de Belo Horizonte, cujo público alvo fora às prostitutas, mais da metade destas afirmaram que exerciam a prostituição para aumentar a renda familiar.

Luiza Nagib deixando aflorar a sua condição de feminista e abandonando, de todo, a sua condição de jurista, afirma que: "DO PONTO DE VISTA ECONÔMICO, A POSIÇÃO DA PROSTITUTA É SIMÉTRICA À DA MULHER CASADA. AMBAS AS CATEGORIAS SE VENDEM: UMA NO COMÉRCIO SEXUAL DIRETO, OUTRA NO CASAMENTO. A ÚNICA DIFERENÇA CONSISTE NO PREÇO E NA DURAÇÃO DO CONTRATO. Nesse contexto, a sábia doutrinadora leva para o vocabulário jurídico a expressão popular que afirma que: O CASAMENTO É A FORMA MAIS CARA DE SE TER MULHER DE GRAÇA.

Portanto, não é penalizando os ditos clientes ou usuários das prostitutas que faremos desaparecer o problema da prostituição, vez que, infelizmente, o maior mercado de trabalho deixado para mulher ainda é a prostituição, para o qual as meninas são empurradas logo cedo. Ressaltando-se que mesmo quando estas não são inseridas nesse mercado, formalmente, são vítimas da degradação, que começa, muita das vezes em casa com o abuso sexual praticado por pais, padrastos, tios, primos, irmãos. Assim sendo, a prostituição não é apenas um problema da economia, mas, antes de tudo, um problema moral e social, vez que, a mulher ainda hoje é educada para ser submissa e conseqüentemente explorada, além, é claro, de ser tratada de forma diferenciada a sexualidade feminina e a masculina.

Concluindo, a legislação pátria não incrimina a conduta daqueles que se servem dos serviços das prostitutas, sejam estas menores ou maiores, incriminando, apenas, a conduta daqueles que incentivam a prostituição ou dela se beneficiam economicamente, isso tudo, por opção de política criminal de nossa sociedade.

* Advogado em Açailândia (MA), especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Direito Civil e Processo Civil

Disponível em:< <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7778>> Acesso em.: 11 out. 2007.